

株式会社の業務執行機関の権限構造と取締役の監視義務

安 井 威 興

- 一 はじめに
- 二 取締役会と代表取締役との権限関係
 - (一) 学説の状況
 - (二) 学説の検討
- 三 取締役の地位と監視義務
- 四 委員会等設置会社
- 五 取締役設置会社
- 六 おわりに

一 はじめに

取締役の監視義務については、代表取締役はともかく、平取締役のそれは取締役会に上程された事項にのみ肯定し、それ以外の事項に関してはこれを否定する学説^①や下級審判決^②が、かつては主流であった。しかし、その後、学説は平取締役

についても業務執行全般にわたる監視義務を肯定し、代表取締役が監視義務を負うのは、担当業務執行の上位者としての場合と取締役会構成員としての場合があり、代表取締役といえども取締役として負う業務執行に対する監視義務は平取締役のそれと同じであると解し、またその義務の範囲は取締役として行使しうる権限の範囲であると解するようになった⁽⁴⁾。そして、下級審判決も次第に学説と同様に推移し、最高裁判決もこれを認めるに至ったから、この見解が現在の通説判例となっている⁽⁷⁾。

しかし、取締役の地位とは取締役会の構成員としての地位にほかならないが、その地位とはどのような地位なのか、またその地位からなぜそのような広範囲に及ぶ監視義務が認められることになるのか、必ずしも十分な検討が行われたとは言い難い。なぜなら、取締役の地位は取締役会の権限から導かれることになるが、取締役会の権限をどのように理解すべきかはきわめて基本的な問題であるにもかかわらず、十分な議論がなされていないからである⁽⁸⁾。しかも、株式会社の業務執行機関の権限に関する問題は、並立機関説と派生機関説との間でのみ争われているのが一般的であり、昭和五六年の商法改正法が新たに商法二六〇条二項を設けて代表取締役に委任しうる業務執行事項を制限し、また、一項後段に取締役会が取締役の職務を監督する旨の規定を追加したから、実質的にはいずれの説をとつても、実際上の効果にはほとんど差がないこととなり⁽¹⁰⁾、その結果、この論争自体の意味が問われる事態となっている⁽¹¹⁾。しかし、取締役の地位を理解し、そこから導かれる取締役の監視義務を把握するためには、株式会社の業務執行機関の権限構造を正確に理解する必要がある⁽⁹⁾、そのことは、平成一四年改正法が導入した委員会等設置会社においては、業務の執行は執行役に委ね、取締役会むしろ執行役の行う業務執行を監督することになると説かれるから、いよいよ重要になったと言えるのである。そのためには、そもそもこれらの学説が今日においても成立しまた意味を有するのかどうかも含めて、根本的に検討し直す必要がある⁽¹²⁾。

そこで、本稿は、まず、現行法上の株式会社の業務執行機関とされている取締役会と代表取締役の権限関係につき検討する。つぎに、この検討の結果にもとづき取締役の監視義務の範囲等を検討する。さらに、この成果を踏まえて、平成一四年改正法により導入された委員会等設置会社や本年制定されることになっている新会社法⁽¹³⁾により、株式会社⁽¹³⁾に仲間入りする予定となっている有限会社型（もしくは昭和二五年改正前の株式会社型）の株式会社の取締役の監視義務についても言及する。

二 取締役会と代表取締役との権限関係

(一) 学説の状況

(1) 序

この問題について、通説とされるのが並立機関説であり、有力説ないしは少数説とされるのが派生機関説である。そして、一般的には十分に理解されていないが、⁽¹⁴⁾少数説に補助機関説がある。

(2) 並立機関説

⁽¹⁵⁾この説は、取締役会が合議体の機関であることから会社の業務執行の実行に適さないことや商法二六〇条一項本文が「取締役会ハ会社ノ業務執行ヲ決シ」としており、「執行シ」とは定めていないことを理由に、取締役会は業務執行の決定権限のみを有する機関であると解する。また、会社代表と業務執行は表裏一体であり、両者は観点の相違による区別⁽¹⁶⁾にすぎず、その代表権は原則として業務執行の権限により裏付けられたものと解すべきであるから、代表取締役は業務執行の⁽¹⁶⁾実行機関であるとする。さらに、代表取締役は本来、株主総会や取締役会の決定した意思を実行する機関であるから、業

務執行に関する意思決定権限を有するのは、総会または取締役会の法定決議事項およびそれに準ずる事項を除き、定款または取締役会の決議をもって委任された場合のみであるが、法定決議事項などであってもその細目事項については一般的包括的に委任しうるものとし、また業務執行のうち日常業務の意思決定の委任は代表取締役の選任に含まれていると解している。以上の理解から、代表取締役の実行は取締役会の決定に拘束されるから、実質的には上下関係にあるが、それぞれ決定権と実行権という別個の権限を有する独立した並立的業務執行機関であるとする。

なお、同説は、「商法は代表取締役と名づけてその代表権についてしか規定していないが(二二六一条)、それは代表取締役が対外的のみならず、内部的な業務執行権を有することを当然の前提とするものと解するほかない。ただし、取締役会が意思決定機関にすぎない以上、そのように解しないかぎり、株式会社には執行機関がないことになるからである。」⁽¹⁷⁾ また「執行は代表取締役の権限であるが、それは取締役会の意思決定に反するものであってはならず、したがって取締役会は代表取締役の業務を監督する権限(とくに代表取締役の解任権)を有する(二六〇条一項後段)。」⁽¹⁸⁾ とし、さらに、「代表取締役は取締役会の下部機関にすぎないから、その命令・監督に服することは言うまでもない。」⁽¹⁹⁾ としている。

(3) 派生機関説

⁽²⁰⁾ この説は、代表取締役の権限は、本来、取締役会の権限に由来し、その地位は取締役会の受任者ないしは代理人的なものであるとし、会社代表の権限と業務執行の権限とは原則として表裏一体であつて(そのように考えないと、対外的に有効な会社代表行為が対内的には常に行為者の責任問題を惹起することになり、会社運営の現実にもそぐわないからである)、その代理権の範囲内においては法律上当然に業務執行の決定権および実行権を有すると解している。⁽²¹⁾ そして、並立機関説が業務執行権を決定権と実行権とに分け、それを別個の機関に分属させていることについて、観念的には可能であるが

まりにも技巧的であるとし、業務執行の決定権を有する者は、みずから行使するか代理人により行使するかは別として、同時に当然にその決定を実行する権限を有すると解するのが自然であり、少なくともこれまで立法および学説において業務執行なる観念を認め、わが国の学説に基礎を与えたドイツにおける学者の見解はこのようであるとし、⁽²²⁾ 本来的な業務執行権限は決定も実行も含めて取締役会にあるとする。また、並立機関説が、代表取締役は法律上は単に株主総会の決議または取締役会の決議を実行する権限を有するに止まり、業務執行の決定の権限は定款または取締役会の決議をもって与えられた場合かつその限度においてのみ有するとするのに対して、定款または取締役会の決議をもってその定めをしていない限り、会社の業務執行は細大もらさず取締役会の決議をもって決しなければならぬことになるが、それでは会社事業の運営に支障をきたすと批判する⁽²³⁾。そして、それ故に、並立機関説からすれば、日常業務については、明示的授権がなくとも、当然にその授権があったものと解釈上擬制することにより實際上の不都合を救うほかないが、商法二六一条三項（商法七八条、民法五四条）を正しく理解すれば、このような擬制を用いる必要はないとする⁽²³⁾。すなわち、商法二六一条三項は、取引の安全に関する規定であると同時に、会社代表の権限と業務執行の権限とは原則として表裏一体的なものであることを当然の前提として、代表取締役は、営業に関する一切の裁判上または裁判外の行為につき、かかる一体的な権限を有することを明らかにした規定であるからであるとする⁽²⁴⁾。さらに、代表取締役は、法律、定款または取締役会の決議をもって制限されている場合を除き、会社の営業に関する一切の裁判上および裁判外の行為をみずから決定しかつ実行しえ、そのために必要な代表権を有するが、ことの重要性から見て取締役会の議に附して執行することが適当な事項であるか否かを取締役の忠実義務にもとづき判断し、適当であると判断した事項については取締役会の決議を経て実行すべきであり、この点で義務違反を生ずれば会社に対する損害賠償責任を免れえないし、それと同時に、取締役会もまた自発

的に代表取締役の権限に委ねられた事項であつても随時みずから決議しえ、代表取締役はこの決議に従わなければならないとしてゐる。⁽²⁵⁾

(4) 補助機関説

この説は、⁽²⁶⁾業務の決定と実行とは、業務執行なるものを段階的に分析した場合に生ずる二つの要素であるが、その両者が相結合して初めて一つの完全なる業務執行が出来るのであるから、そのいずれかの権限しか持たない機関の如きは業務執行機関とは言えないとし、現に少なくとも今までは我が民商法において業務決定機関と業務実行機関とを別個の機関として併置した場合はなく、常に一貫して業務の決定についてのみ規定しているのであるから、業務執行の決定権限を有する取締役会がその実行権も有する唯一の株式会社業務執行機関であると解する。⁽²⁷⁾そして、代表取締役については、それは会社の代表機関であるが法定の業務執行機関ではなく、業務執行に関しては法定の権限を有しないと、業務執行に関する限り、取締役会の補助者たる地位にあり、取締役会の指揮命令または委託にもとづいてのみ業務執行に関する法律行為または事実行為をなしうると解する。⁽²⁸⁾したがつて、この立場では、代表取締役が取締役会の指図なしにまたはそれに違反して会社のために法律行為をなした場合には、その行為は法律行為としては有効であつても、業務執行の面からは、事務管理として違法性が阻却されない限り、越権行為として会社に対する損害賠償責任を免れないことになる。なお、この説はその理由として、商法は業務執行権と代表権は別個のものとして取り扱つてゐること(業務執行権は定款をもつて任意に制限しうるが、代表権は任意に制限しても善意の第三者には対抗しえず、また代表権は法律上擬制されることがあるが(たとへば二六二条)、これに伴い業務執行権が擬制されるわけではないこと)、また、業務執行は代表権とは無関係な事実行為を含む広範なものであることをあげている。さらには、仮に定款をもつて代表取締役に業務執行権を与える

旨を定めたとしても、これにより取締役会の業務執行権が剥奪されることはないのであって、代表取締役の定款による業務執行権は、取締役会の無制限的な指揮監督の下にある補助機関としての権限を越えることをえないと解している。⁽²⁹⁾

(二) 学説の検討

(1) 並立機関説の検討

(イ) まず、並立機関説が業務執行の決定権と実行権を取締役会と代表取締役に分属させることについて、派生機関説と補助機関説は商法制定以来の伝統的な考え方や民商法の規定に反するとして批判する。確かに、昭和五六年の商法改正前の民商法においては、たとえば、民法五二条二項、同六七〇条一項・二項、商法七一条、同一五一条二項、有限会社法二六条は業務の決定についてのみ定め、業務の実行については何らの定めも置かないというように、業務の決定と実行について別異の取扱いをしているが、その実行については権限ある者が自由になしうることを意味するにすぎず、決定権と実行権を別個の機関に分属させようとする趣旨ではない。また、通例「業務ノ(ヲ)執行(ス)」という場合の執行は決定および実行を含むものである(民法六七三条、商法七〇条・一五一条一項・一五六条)。

しかるに、平成一四年商法改正後においては、相当に状況は異なっている。たとえば、商法二六〇条三項本文、および同三項二号ならびに同条四項・五項、商法特例法二一条の一・二などにおける「会社ノ(の)業務ヲ(を)執行ス(す)」⁽³⁰⁾というときの執行は、決定を含む場合もあるが、実行だけの場合も含んでいる。もつとも、そうであることを理由として、取締役会の実行権を否定し、代表取締役や執行役のみが実行権を有することを肯定しうるか否かは問題であるが、並立機関説を支持する学説はこれをもって代表取締役、業務執行取締役ないしは執行役の業務執行の実行権を定めた規定である

と解している⁽³¹⁾。

したがって、並立機関説は、昭和二五年商法改正までのわが民商法の基本的な考え方に反するが、昭和五六年商法改正を境にして、事情が異なつて来ており、また、観念上であれ、業務執行を決定と実行に分離しうる以上は、別個の機関に分属せしめうることも自体を完全に否定することも困難であるから、現時点においては、法律の規定のあり方だけを決め手に並立機関説を批判することには限界がありそうである。

(ロ) つぎに、並立機関説は、業務執行と代表行為は表裏一体の關係にあり、したがって代表取締役は代表権を有するとともに業務執行の実行権を有するとする。これに対して、補助機関説は、同一の行為が代表行為であり業務執行である場合のあることはその通りであるとしながら、会社代表とみるか業務執行とみるかは考察の視点が異なり、商法も別個のものとして取り扱っているのであるから、代表権があるから業務執行の実行権が認められるとするのは誤りであると批判している。

實際上、業務執行事項は事実行為を含み、法律行為として行われる業務執行事項よりも相当に広範であり、代表行為だけで業務執行の全てを賄えるわけではないことは明らかである。また、平成一四年商法改正により、商法上の機関として業務執行取締役が設けられたから、並立機関説からいえば業務執行の実行機関として代表取締役のほかは代表権のない業務執行の実行機関が設けられたことになり、業務執行事項には代表行為として行われるもののほかに代表行為としてではなく事実行為として行われるもののあることを、商法みずからが明らかにしたことになる。さらに、代表取締役が複数存在するときは、代表取締役間に上下の關係があることが通例であるとされるが⁽³²⁾、理論上は複数存在する代表取締役に事業別の業務執行権を取締役会が授与することも可能である。したがって、補助機関説が指摘するように、業務執行事項全般

と代表行為として行われる業務執行事項はその範囲を異にするから、業務執行と代表行為を表裏一体と捉えることには相当の無理があるといわなければならない。

(ハ) もっとも、並立機関説は、代表行為と業務執行の範囲が異なることは十分承知している。⁽³³⁾ 承知の上でなおこのように主張するのは、代表権に業務執行権の裏付けがあつてはじめて、代表取締役の行う行為は有効となると解するからであり、またその前提として、実際上は代表取締役が業務執行事項のほとんど全てを行うと理解して、代表行為として行われる業務執行事項はきわめて重要な業務執行事項であるから、その実行権が与えられる代表取締役には、とくに法律・定款等によって留保されない限りは、業務執行全般の実行権があると解するからのものである。そして、このように理解しないと、取締役会は意思決定機関にすぎないから、株式会社には執行機関がないことになると主張している。

それでは、はたして代表取締役を業務執行の実行機関と解さなければ、株式会社には執行機関がなくなり、また業務の執行に不都合が生ずることになるのであろうか。

並立機関説は、取締役会は会議体であつてその性質上執行にはあたりえないと解し、取締役会をもつて株式会社の業務執行の決定機関であることを前提とするから、代表取締役を執行機関とする必要が生ずる。しかし、派生機関説や補助機関説のように、会議体であつても実行権を否定する必要はなく、⁽³⁴⁾ 決定権あるところに実行権ありと理解すれば取締役会が執行機関となるわけで、執行機関がなくなるわけではない。取締役会を執行機関であると解する立場から言えば、みずから業務執行を実行するのに相応しくない場合には、それをみずから実行する必要はないのであつて、もっとも相応しい者を選んで、その者にその実行を委ねればよいのである。ただし、もし取締役会のみずから業務執行を行う場合⁽³⁵⁾には、取締役全員でこれにあたらないければならないが、一般的には不可能に近いから、ほとんどの場合には他にその執行を委ねるこ

となる。とくに、代表行為として行う業務執行は会社代表機関たる代表取締役⁽³⁶⁾に委ねるほかないことは言うまでもない。代表取締役も、その全てをみずから実行しえない場合やその実行に相応しいものが他にいる場合などには、他の取締役または従業員あるいは外部の専門家等にその実行を委ねることになるが、株主総会や取締役会から付与された業務執行に関する権限をさらにまた他に与えたとしても、そのことによって付与された権限を失うわけではない。付与された権限は、その実行を他に委ねれば権限を行使したことになるのではなく、その実行を委ねられた者が当該業務執行を実現してはじめて、権限を行使したことになるのであるから、当該業務執行の実行を善良なる管理者としての注意をもって監督しなければならぬのである。

取締役会が業務執行の決定かつ実行機関であると解しても、實際上、少なくとも日常の業務執行の決定および実行のほとんどは代表取締役社長に委ねられ、また社長等はその実行権を下部組織に分担的に委譲して、当該業務執行の実現をはかることになる。このように、取締役会に実行権があると解すると、取締役会は、法律行為たる業務執行事項は代表取締役に委ねなければならないが、事実行為たる業務執行事項については、代表取締役以外の者、たとえば業務執行取締役その他の者にその実行を委ねうることになる。

(二) そしてまた、並立機関説は、一方で取締役会と代表取締役との関係を別個独立の機関であるとしながら、他方において①代表取締役は取締役会の下部機関にすぎず、その命令・監督に服さなければならないとし、また②執行は代表取締役の権限ではあるが、取締役会の意思決定に反するものであってはならず、したがって取締役会は業務執行を監督する権限（とくに代表取締役の解任権）を有するとする。⁽³⁶⁾この主張①②の趣旨をどのように理解すべきかが問題となるが、取締役会はその決定に沿った実行がなされることを代表取締役に求めうるとするのであれば、取締役会に実行権を認めるべき

とする他の学説との距離はほとんどなくなることになりそうである。しかし、取締役会に実行権がないとすると、なぜ決定権しかないものが実行に関与しうるのか。その監督とは、事実上その意思決定に反するかどうかにつき参考意見を言えるに止まり、参考意見を尊重しない場合は解任権を發動することになるのか。⁽³⁷⁾それとも、この監督は、取締役会はその決定に反する実行については、これを変更するように求め、あるいはその指揮命令の下に代表取締役を実行させることも含まれるのか。しかし、もしこれを肯定したとしても、決定をも委任した事項については何を基準として監督することが商法の趣旨に沿った監督になるのであろうか。

もし、この学説が、この監督の意味を取締役会の意思決定のみならず、会社の利益に適った業務執行の実行が行われているか否かを監督することであると解し、さらに取締役会は代表取締役に対して、実行についても変更を求めうると解するのであれば、取締役会が唯一の業務執行の決定と実行の権限機関であることを認めることにほかならない。

また、並立機関説は、代表取締役の選任・解任を定款をもって株主総会の権限とすることを認めるから、代表取締役が取締役会の下部機関であるとする根拠は、取締役会がその選任権・解任権を有することではないはずである。もし、その趣旨を、取締役会の代表取締役に対する指揮命令権に求めるのであれば、取締役会は代表取締役と並立の関係にあるのではなく、業務執行については、代表取締役の上位機関であることを認めなければならない。

(ホ) そこで、取締役に業務執行の実行権があるのか、それとも代表取締役にあるのかを見きわめるために、極端ではあるが単純明快な事例として、甲会社がその営業全部を対象とする経営委任契約を乙会社と締結し（商法二四五条二号参照）、乙会社にその事業の経営を全面的に委託した場合を検討する。⁽³⁹⁾

甲会社においては、取締役会が乙会社の事業経営を監督することになるが、⁽⁴⁰⁾それは乙会社の営業報告ならびに代表取締

役の調査報告にもとづき行われる。より詳細に言えば、①取締役会はこの監督の基本方針あるいはこれに加えて具体的な監視・調査方法を定めて、その実行を代表取締役委ねる、②代表取締役は、この基本方針等に従い監視・調査を行い、定期的にあるいは必要に応じて取締役会にその結果を報告する、③取締役会はこの報告や乙会社の営業報告にもとづき、乙会社に債務不履行が認められるときは、債務不履行にもとづく損害賠償請求権を行使するか否かを決定し、請求権の行使等のための意思表示を行う場合には、その実行を代表取締役に委ねる、④代表取締役が乙会社に対して取締役会から委託された意思表示を行う、といった手順で取締役会の権限は行使される。各取締役にとっては、合同で取締役会の権限を適切に行使用することが会社に対する善管注意義務の履行となる。また、代表取締役は取締役会から委ねられた個々の事項を行うことによりみずからの義務を履行することになる。なお、経営委任契約にもとづく乙会社からの金銭の受領、あるいは乙会社との契約の改定等の事務は代表取締役が担当するが、それは取締役会または株主総会の決議にもとづき行われる。

このような場合に、乙会社の事業経営に対する監督は甲会社にとつては業務執行であるが、取締役会が乙会社を監督しているのか、それとも代表取締役が監督しているのが検討課題である。

並立機関説においては、甲会社取締役会が、乙会社の事業経営に対する監督の基本方針を決議し、それにもとづく監視・調査方法を代表取締役に委ねることを決議した場合には、乙会社の事業経営の監督を実行することは代表取締役の職責となり、取締役会が代表取締役の当該職務を監督すればよく、したがって、各取締役にとっては代表取締役が取締役会の定めた基本方針にもとづいて乙会社を監督しているか否かを監視することが、取締役としての職責であることになりそうである。

しかし、代表取締役は、取締役会の指揮命令の下に、乙会社の事業経営を監督するに必要なデータの収集のための調査活動や取締役会が監督の結果として決定した措置を執るのであって、監督自体を行うわけではない。したがって、取締役会が、甲会社の業務執行である乙会社の事業経営に対する監督については、決定権も実行権も有することを認めなければならぬ。

代表取締役は代表機関としては独自の機関である。しかし、業務執行に関しては取締役会から与えられた範囲で権限を行使する取締役会の下部機関ないしは補助機関であり、取締役会こそが業務執行の全権を有することが明らかになったと思われる。

(ハ) このほか、並立機関説は、業務執行事項のうち日常業務については、取締役会が常置のものでないことを理由に、代表取締役に当然委任されたものと推定すべきであるとし、⁽⁴¹⁾あるいは取締役会は招集に応じて会合する機関にすぎないことを理由として、一般的にはその決定を代表取締役に委任しているものと解されるとする⁽⁴²⁾ので、この主張が妥当なものか否かを検討する。

これは、代表取締役が業務執行の実行行為として契約を締結したが、当該契約締結の権限が与えられていない場合には、善意の相手方に対して会社は代表取締役に権限のないことをもって対抗できないが（商法二六一条三項・七八条、民法五四条）、悪意の相手方に対しては契約の無効を主張しうることになることや、契約の効力にかかわらず、会社は代表取締役の債務不履行責任を追及しうることになるが、会社の日常業務についてこのような結果を認めることは妥当性を欠くとの配慮にもとづく主張であるといえる。しかし、代表取締役は通常いつでも取締役会を招集しうるのであるから、日常業務の執行権を授与する旨の取締役会決議をうることは困難な問題ではないし、また代表取締役が日常業務を会社設立以来

行っていることは自明のことであるから、もし日常業務のうちとくに制限すべきものがある場合には、他の取締役はその制限を決議すべく、取締役会を招集するべきであるのに、招集のための努力もしなかったとすれば、取締役会の黙示の承認があったものと解してよいであろう。したがって、そこまで配慮する必要もないと思われる。この学説の配慮を理解しえないわけではないが、これを認めるには根拠に乏しいと言わざるをえない。

(2) 派生機関説の検討

(イ) 派生機関説は、法律上とくに留保されていない限り、対外的な会社代表の権限は常に対内的な業務執行の権限による裏付けを有するとして、並立機関説と同様に、代表行為と業務執行は表裏一体の関係にあるとする。そして、そのように理解しないと、対外的に有効な会社代表行為が体内的には常に行為者の責任問題を惹起するという矛盾に陥り、会社運営の現実からも遠ざかることになる⁽⁴³⁾。そして、代表取締役は、法律上当然に営業に関する一切の裁判上または裁判外の行為につきその決定および決定の実行に必要な代表の権限を有するとする。このことを前提として、その双方の権限を全体としてこれに制限を加えても善意の第三者に対抗することをえないと解すべきであり、そうでないと支配人の代理権制限制度(商法三八条三項)と全く同じ表現形式を持っている商法二六一条三項(商法七八条、民法五四条)の趣旨を十分に理解することをえないとする⁽⁴⁴⁾。

確かに、商法二六一条三項は商法三八条三項と同様に解すべきであるとするとする立論にも一理ありそうである。商法は、取引安全保護のために、支配人を一般的には営業所⁽⁴⁵⁾の営業に関する包括的な代理権を付与された商業使用人であるとし、また営業主が支配人の代理権を制限しても善意の第三者に対しては対抗しえないと定めているのは(商法三八条一項・三項)、正にその意味である。しかし、支配人の代理権の制限に関する取引安全保護は、商法三八条一項・三項のみではなく、商

法四二条も相俟つてはかられていると解すべきである。すなわち、営業主甲が、その使用人である乙に対してある営業所の営業に関する包括的代理権を与えて、その営業所の営業を委ねれば、乙はその営業所の支配人となるが、甲は乙の代理権に対して制限を加えうる（部分的には代理権を与えなくともよい）のであり、その制限によって乙の代理権が包括的と言えないほどのものになれば、もはや乙は支配人ではないが、営業の主任者たることを示す名称が与えられていれば、善意の第三者に対する関係では支配人としての権限を有するとみなされ、乙が支配人であれば制限があつてもなくても当然に、また乙が支配人でなくとも、支配人であるかのような外観さえあれば、善意の第三者は甲から乙の無権代理をもつて対抗されることはなく保護される。言い換えれば、商法は、支配人が営業主から営業に関する対外的権限たる包括的代理権ならびにその裏付けとなる対内的権限としての業務執行権を付与されていることを前提とはしているが、対内的権限たる業務執行権の部分的制限を可能とし、しかしまた、そのような制限を設けた場合であつても対外的には（善意の第三者に対する関係では）代理権が包括的であることを認めている。そしてまた、その制限が広範に及び、したがつてその代理権が包括的なものでなくとも支配人としての外観があれば、対外的には代理権は包括的なものと擬制する。しかし、対内的には業務執行権を擬制しているわけではない。したがつて、商法三八条一項の文言から言えば、代理権と業務執行権は表裏一体の関係にあるが、同条三項においては、表裏一体でない場合が生ずることを認め、さらに同四二条においては、代理権と業務執行権は全く別個のものとして取り扱っているのであるから、商法は常に代理権と業務執行権を表裏一体のものとしているわけではないのである。

また、支配人は包括的代理権を与えられて支配人となるが、代表取締役は、取締役会の選任により代表取締役なる機関の構成員となる。したがつて、支配人はその代理権を大幅に制限されるともはや支配人ではなくなる、言い換えれば、支

配人なる肩書きの使用を許されても、その代理権の裏付けとなる業務執行権（決定権も実行権も含む）が与えられなければ、その者は支配人ではない。これに対して、代表取締役は取締役会において選任されれば、たとえ業務執行権を大幅に制限されても依然として代表取締役である。また、(1) (ロ) において述べたように、代表取締役が複数存在する場合には、業務執行の分担を決めることも可能である。複数の事業を営む会社の場合には、各事業を異なる代表取締役の担当とするとともに、その総括的地位にある代表取締役をおくこともある。このような場合には、代表取締役が法的に与えられる代表権の範囲と、必要に応じて株主総会または取締役会から与えられる代表権の裏付けとなる執行権の範囲とは明らかに相異なる。したがって、対外的な関係では取引の安全保護のために代表取締役と支配人は類似の取扱を受けるけれども、対内的な関係までも商法が類似の取扱をしているとは言えないのである。

(ロ) 支配人の代理権に大幅な制限を加えれば、営業主がその制限部分をみずから補完しない限り営業活動に支障が生ずるであろうから、日常業務については支配人に全権が与えられるのが一般的であろう。また、代表取締役に對しても、法律行為として行われる業務執行については少なくともその実行に関する権限は付与するほかないし、一般的には、日常業務に関する決定権も実行権も付与し、さらには取締役会の決議事項については実行権の全てを付与するのが通例であることはその通りである。また、昭和五六年商法改正までは、営業上の重要事項であっても取締役会において決定せず、代表取締役にその決定も実行も委ねる場合が少なくなく、代表取締役社長の独断専行が問題となったことはまだ記憶に新しいところであり、平成一四年に設けられた委員会等設置会社においても、社長の独断専行をどのようにコントロールするかが重要なテーマとなっている。⁽⁴⁵⁾

この点に関し、この説は、「代表取締役の権限内に属する事項であっても、事の重要性から見て取締役会の議に附して

執行するのを適當とするものがあることは言うまでもない。この点は代表取締役がその忠実義務（商二五四Ⅲ・二五四の二、民六四四）に基づいて判断すべきところであつて、取締役会の議に附するのを適當とするものについてはその措置をとらなければならない。もし、この点で代表取締役の義務違反が認められるならば、その者は会社に対し損害賠償の責任を免れえないであろう（商二六六一五）。⁴⁶とす。しかし、ことの重要性の判断は事前に行うことが容易ではない場合もあり、またその判断が可能であり重要性が認められたが、代表取締役の独断専行で行われ、良好な結果をえた事項については、取締役会の承認をえないことが繰り返されることになる。昭和二五年商法改正法が取締役制度を廢して、取締役会制度を採用した趣旨から言えば、ことの重要性の判断は代表取締役が行うべきではなく、取締役会が行うべきであり、重要事項については取締役会がその要点を決定するべきであると解される。

そして、この解釈は昭和五六年商法改正により明文化され、重要な業務執行事項についてはその決定を取締役会がみずからなすべく、代表取締役には委ねられないことが定められたから（商法二六〇条二項）、代表取締役が取締役会の下部機関としてではあるが業務執行機関であると解しても、他の説とはほとんど差がなくなつた。

（ハ）しかし、そもそも、代表権と業務執行権を表裏一体ととらえるところから、この説は誤りの第一歩を踏み出したと言える。また、代表取締役が取締役会の復代理人的なものであるとするのは間違ひではないが、法の留保しない限りは代表取締役も取締役会と同様に業務執行権を有するとしたことは、取引安全の保護を考慮した結果であるとは言え、行き過ぎであると思われる。なぜなら、復代理人といつても、民法上の復代理人ではないのであるから、その言わんとするところは、取締役会の活動を助けることにあるが、そうであれば、取締役会の補助機関であると解してもその目的を達成できるし、また、単独制の機関である代表取締役を取締役会と同様の権限が固有のものとして与えられるとすると、昭和二五

年改正商法が株主総会の権限を縮小限定し、業務執行機関の権限を拡大したことに対応し、その権限行使を慎重かつ適正に行わせしめるために合議制の業務執行機関を採用した趣旨⁽⁴⁷⁾に合致しないからである。さらには、復代理人は本来の代理人から拘束されないはずであるのに、代表取締役を取締役会の復代理人であるかのごとき解釈をとりながら、重要事項については代表取締役は取締役会の指示を仰がなければならないとしあるいは取締役会の決議ある場合には代表取締役はその決議に従わなければならないとし、代理人の復代理人に対する大幅な介入を認めるのは、きわめて独自の構成であって、そこには必ずしも合理的な根拠を認めえないからである。

(3) 補助機関説の検討

(イ) 補助機関説は、業務執行の決定権を有する機関に決定権と実行権の双方を含む業務執行権を認めるのが自然であるとして、取締役会が株式会社唯一の業務執行機関であるとする。そして、代表取締役は独立の機関であるがその固有の権限は代表権であり、業務執行権ではないとしている。ただし、取締役会は、法律行為たる業務執行事項については代表取締役に委ねて実現させるほかないが、代表取締役は取締役会の委託により、かつ指揮命令の下に当該事項を執行するのであって、このことにより代表取締役が固有の権限として業務執行の実行権を有することにはならないとする。そして、その際、代表取締役が有する業務執行の執行権は取締役会から付与された権限であって、その関係は、取締役会が事実行為たる業務執行事項を代表取締役に委託する場合と同様であるとする。

この学説は他の学説と比べ、少なくとも昭和二五年当時の商法の文言には一番素直な解釈であり、とくに問題を生ずればともかく、何の問題もなければ、このような解釈がもっとも優れていると言える。

しかし、現時点においては、商法二六〇条三項本文をどのように理解するかが問題となる。すなわち、この規定は、代

表取締役と業務執行取締役は会社の業務を執行すると定めるから、代表取締役と業務執行取締役は固有の権限として業務執行権を有するとも解しえ、代表取締役は単なる代表機関ではなく、業務執行機関になつたとも解されるからである。この条文は、並立機関説を基礎として立法されたのではないかと思われるが、⁽⁴⁹⁾並立機関説の立場でも、業務執行の決定権限がこの規定により取締役会から代表取締役または業務執行取締役に移つたのではなく、代表取締役と業務執行取締役に業務執行の実行権がある旨を定めたと解することとなろう。補助機関説の立場では、代表取締役や業務執行取締役は取締役会から業務執行権を委託され、それを受託する業務執行の補助機関であると解することになり、とくに問題が生ずるわけではない。この説においては、そもそも、代表取締役は法律行為たる業務執行を受託する補助機関であつたから、受託の範囲が事実行為たる業務執行にまで拡大され、また代表権はないが業務執行を受託する補助機関に業務執行取締役が追加されたことになるだけである。

(ロ) このほかに、補助機関説の弱点として問題になりそうなのは、代表取締役が取締役会の業務執行権の委譲なしには業務執行を行えないとすると、絶えず取締役会を開催する必要が生じ、もし、取締役会からの権限委譲なしに代表取締役がたとえ日常業務であろうとも行つた場合には、代表取締役の会社に対する責任問題が生ずるおそれがあり、また悪意の第三者との関係では、取引が無効となる恐れがあり、会社の業務執行が円滑に行われない危険があることであろう。

しかし、むしろ問題は、代表取締役社長が取締役会の承認をえないで、独断専行することであつて、このような場合は代表取締役社長の会社に対する責任を問うべきである。代表取締役は会社の業務執行を開始するにあたり、取締役会を召集して、経営の基本方針を示して取締役会了承をうるとともに、会社の日常業務の執行権（決定権および実行権）の委譲を受けなければならない。他の取締役の任務懈怠あるいは病氣等により取締役会が開催しえない場合などには、代表取

締役が権限の委譲なしに日常業務を行ったとしても、それは事務管理として免責される。また、このような会社の内部事情に通じた者との契約において、その者が後に無権代表を理由に契約無効を主張しうるかが問題となるが、多くの場合においてはそのような主張は権利濫用として退けられることになる。

(4) まとめ

(イ) 並立機関説と派生機関説は、代表行為と業務執行行為が一体をなしていることを理由に代表取締役は業務執行権（実行権のみもしくは決定権と実行権）を認めることから、誤りの第一歩を踏み出した。

(ロ) つぎに、並立機関説は、業務執行権を決定権と実行権に分離するという不自然な構成を採用することにより、その誤りを拡大した。もっとも、補助機関説をとっても、取締役会が決定した業務執行事項の実行権の委譲あるいは日常業務の決定権と実行権の委譲は代表取締役ないしは業務執行取締役にのみなす必要があるとするのであれば、代表取締役ないしは業務執行取締役は業務執行の実行権ありと解してもよいのではないかとこの疑問を生ずるかもしれない。しかし、取締役会に業務執行の実行権があると解する方が、並立機関説において、代表取締役は取締役会の下部機関であるとする意味をよりよく理解しうるのである。

(ハ) さらに、派生機関説は、業務執行の円滑性や取引の安全保護に配慮するあまり、取締役会を業務執行権限機関であるとしながら、代表取締役もまた業務執行権限機関であるとして、単独性の機関である代表取締役が単独で業務執行をなしうることを認め、定款に定めのないときは業務執行の決定を取締役の多数決によらしめていた昭和二五年改正前商法二六〇条よりも業務執行に対する拘束を緩和し、昭和二五年商法改正法が取締役会制度を採用した趣旨に反する結果をもたらした。

(二) 並立機関説が、取締役会が経営の基本方針や重要事項を定めて、そのほかの事項の決定や株主総会または取締役会の定めた事項の実行を代表取締役に委ねて、取締役会はもっぱら代表取締役の業務執行を監督することを主たる任務とするアメリカ型の経営システムに近づく解釈をとろうとしたことは評価しなければならない。また、派生機関説が業務執行の決定と実行につき正しい指摘をしたことも評価に値する。しかし、これらの説は、既に指摘したとおり問題があり、いずれも採用することはできない。

これに対して、補助機関説は、商法の文言にもっとも忠実であり、また、もっとも問題のない構成であると考えるので、この説を支持したい。

二三 取締役の地位と監視義務

(1) 取締役の地位

(イ) 並立機関説によれば、取締役会は業務執行の決定機関であるから、取締役の職務は主として取締役会の決議に参加することであり、それを通じて取締役会の業務執行の決定権の行使に参加することである。取締役会は取締役の職務を監督することになっているが、それは、取締役会の権限の範囲内において行うべきであるから、もっぱら、代表取締役の行う業務執行が取締役会の定めた決議の範囲内であるかどうかを基準として、代表取締役の執行を監督することになる。したがって、実行につき複数の方法があったとしても、そのいずれを採るべきかについては取締役会には監督権限がない。なぜなら、業務執行の決定権しかない取締役会が固有の権限として業務執行の実行権を有する代表取締役の業務執行の実行に口出すことは実行権の侵害になるからである。もし、以上の解釈を不当とし、取締役会の監督権限は代表取締役の業

務執行全てにわたると解するのであれば、むしろ取締役会にこそ業務執行の実行権を含む全権があることを認めたこととなる。

(ロ) 派生機関説によれば、取締役会が本来的業務執行権限を有するが、代表取締役もまた業務執行権を有するから、取締役会は本来的業務執行権限機関として代表取締役を監督することになる。したがって、並立機関説と異なり、代表取締役の行う業務執行全般にわたり監督しうることとなる。しかし、上下の差があるとはいえず、同じく業務執行権を有するとすれば、本来的権限者といえども、その権限行使の困難さから派生することが認められた権限者に対しては、選任に際しては十分注意を払う必要があり、また選任後においてはその者の執行を監督し、場合によっては解任しなければならないが、業務執行については相当の自由裁量を認めるべきことになる。

(ハ) これに対して、補助機関説の立場では、取締役会が唯一の業務執行機関であると解し、代表取締役は代表機関として独自の機関であるが、業務執行の面から言えば何らの権限もなく、もし取締役会から権限を委譲されたときは、その権限を行使して、取締役会のなすべき業務執行の実現を補助する機関にすぎないと解するから、取締役会の構成員たる取締役は全員で、会社の業務執行につき責任を負わなければならない地位にあることになる。そして、商法は、平成一四年の改正において二六〇条三項を新設することにより、代表取締役に対して業務執行取締役とともに取締役会から業務執行権を委託する地位を明文をもって与えたから、代表取締役が取締役会の補助機関であることがいよいよ明らかになったと解することになる。

したがって、取締役は個々の立場においてはでないが、総体として株主総会から会社の経営を付託された地位にあることになる。それゆえ、個々の取締役は、業務執行を担当しなくとも業務執行の全権を有する取締役会の構成員として、業

務執行が適切に実現されるように、代表取締役等のなす業務の執行を監視監督しなければならないのである。

(2) 取締役の監視義務

(イ) 一般的に、監督とは、「物事がうまく行くように、指揮命令し、不正や違法がないように管理することである」⁽⁵⁰⁾が、同一目的を実現するために設けられた組織において、本来の権限者である上位者が、下位者に対し権限を移譲した場合に、その下位者を監督しえ、またしなければならないのは当然のことである。取締役会と代表取締役との権限関係に関するいずれの学説によっても、取締役会は代表取締役の上位機関であるから、代表取締役の職務を監督する権限があり、総体としての取締役はこの権限を行使する義務を負う。個々の取締役の監視義務とは、この取締役会の監督権限を行使すべき義務にほかならない。したがって、個々の取締役の監視義務は取締役が取締役会の構成員であるという地位から生ずると言つてよいであろう。これに対して、代表取締役は、個々の取締役としての地位とは別に、会社の業務執行組織上の上位者の地位（たとえば社長、副社長、専務取締役ないし常務取締役など定款または取締役会の定めにもとづき取締役会が付与した地位）を有し、上位者として下位者に対する監督義務を負うが、この義務は取締役あるいは代表取締役として負う義務ではない⁽⁵¹⁾。

(ロ) 昭和四八年五月二二日の最高裁判決は、日常業務の執行を担当しない取締役であっても、「会社に対し、取締役会に上程された事柄についてだけ監視するにとどまらず、代表取締役の業務執行一般につき、これを監視し、必要があれば、取締役会を自ら招集し、あるいは招集することを求め、取締役会を通じて業務執行が適切に行われるようにする義務を有する」と判示しているが、学説の多くもこの判決を大筋において支持している⁽⁵²⁾。

しかるに、既に論じたように、並立機関説から直ちにこのような結論が導き出せるのかきわめて疑問である。繰り返し

になるが、取締役会が業務執行の決定権しかないのであれば、業務執行の実行権を固有の権限として有する代表取締役の実行に何故どのように関与しうるのだろうか。取締役会は業務執行の実行に関しては代表取締役の上位者ではないのであるから、代表取締役が取締役会の決定内容を実行している限り、取締役会としてはそれが如何に不適切な実行であろうとも関与できないことになるのがこの道理である。もし、このような場合に、取締役会が関与しうるとするのであれば、取締役会に業務執行の全権を認めるべきである。代表取締役は、取締役会から授与された権限を受託しうる法定の地位にあることは認められるが、そのことをもって業務執行の実行権を有するとは認めえないのである。

取締役会を唯一の業務執行機関であるとする補助機関説の立場から言えば、個々の取締役は取締役会の構成員として、取締役会の権限を適切に行使し、会社の業務執行を状況の許す限りにおいて最良のものとして実現する義務を負っており、したがって総体としての取締役に対しては、権限授与の相手方である代表取締役、業務執行取締役あるいは重要財産委員会の構成員等を選任する際には、最良の人選をすることが求められ、また権限を授与された者が実現する業務執行が最良のものとなるように監督することが求められる。これを個々の取締役に置き直したものが、取締役の監視義務である。したがって、取締役は最良の業務執行を実現することが会社に対する債務としての善良なる管理者の注意義務を履行したことになるのであって、取締役はこの注意義務の一環として監視義務を負っているにすぎないのである。⁽⁵⁴⁾ 言い換えれば、取締役は株主から直接に経営を付託された経営者として、最良の業務執行の実現のために、執行担当者を監督するのである。このように解してはじめて、昭和四八年五月二二日の最高裁判決の述べる取締役会を通じた監視義務の履行のみならず、監査役への報告義務の履行、各種訴権の行使などが取締役に對して求められることを正確に理解しうる。

(ハ) また、このような取締役の監視義務は、⁽⁵⁵⁾ 第三者機関の構成員である監査役の監査義務とも異なる。監査役は、一定

の基準に照らし業務執行の違法性あるいは著しい不当性の発見とそれに対する処置が求められるが、取締役には違法性や著しい不当性に対する監査のみならず、効率的な業務執行の実現とその妥当性の限界の監査も求められる。監査役監査は客観監査であると言う意味で優れているが、その範囲は取締役会の監督より狭く、取締役会の監督は自己の権限行使に対する監督であるから、業務執行に関する効率性の意味を理解するのに容易であり、また効率性と妥当性の限界との調和をはかることも比較的には困難ではないからである。監査役は監査し、その結果に対する処置をとればよいが、取締役は、会社に甚大かつきわめて回復困難な損害の発生が予想されるにもかかわらず、自己の監視監督が効を奏しない場合には、辞任するほかになく、辞任しなければ免責されない⁵⁶、このように監査役の監査義務と取締役の監視義務には大きな相異があるのである。

(二) 社外取締役の監視義務も、取締役会の構成員としては他の取締役のそれと同じである。社外取締役も第三者的立場から監督するのではなく、他の取締役と同じく経営者として監督に当たらなければならない。しかし、社外取締役は、第三者的視点から会社経営を監視監督することが任務であり、そのために必要な程度において時間と労力の提供を求められるのであるから、そのような事実関係から他の取締役に比して取得する経営情報の量が少なく、その意味で監視義務が軽減されると言えるかも知れない。しかし、第三者的監督者たる監査役は、取締役会において違法性ある事項についてはその旨警告すればよいが、取締役は警告のみで免責されるかどうかは事項の重要性により異なる。前述のごとく、会社に甚大かつきわめて回復困難な損害を発生せしめるような事態を阻止できないような場合に、免責を与えるためには辞任することも覚悟しておかなければならない。

社外取締役が重要財産委員会の構成員になった場合には、取締役の地位と重要財産委員会の構成員の地位を兼ねること

になるが、それぞれの地位において監視義務を負うことになる。

(ホ) 取締役会は、取締役の職務一般について監督権限を有するから、取締役がある取締役の無能あるいは非常識を発見した場合には、その者が執行担当者とならないように努力しなければならない。また、取締役会において非常識ないしは無能な発言等を行う取締役については、改選に際しての取締役候補者リストから除くよう努力しなければならない。ただし、このような監視は、上位者の下位者に対する監督ではなく、平等の地位にある者相互に行うのであるから客観的かつ明白な根拠を要し、その基準は著しい不当性におかなければならない。なお、何人に経営を委ねるべきかは、株主の自由であつて、そのような取締役が再選されても、そのこと自体については、取締役の監視義務の対象とはならない。

(ハ) なお、個々の取締役に監視義務の履行のための調査権を認めるか否かが問題とされるが、取締役会の監督は業務執行の一環であるから、調査権の行使は取締役会として行うことを要し、個々の取締役に調査権を認める解釈はとり得ない。⁽⁵⁸⁾これを認めるためには新たな立法が必要である。

四 委員会等設置会社

(1) 執行役に対する取締役の監視義務

委員会等設置会社においては、取締役は経営監督者である旨が説かれる。⁽⁵⁹⁾しかし、取締役会は業務執行権限機関であることにおいて従来の代表取締役設置会社と同じであるから、その構成員たる取締役は株主から直接に会社の経営を付託される経営者であつて、⁽⁶⁰⁾その立場から業務の執行担当者である代表執行役ないしは執行役を監視しなければならない。その関係は、取締役会と代表取締役または業務執行取締役との関係と同様である。⁽⁶¹⁾ただし、委員会等設置会社の取締役会には

少なくとも二名の社外取締役が存在することになるから（商法特例法二二条の八第四項）、これまで当該会社の業務執行とは無関係であり、また執行を担当しない取締役が加わることにより、自己監督⁽⁶²⁾である取締役会の監督に従来よりは客観性が加わることが期待される。しかし、社外取締役といえども、経営者として監視義務を果たすことを求められることは前述したとおりである。また、監査役ないし監査役会は存在しないが、監査委員会が設けられるため、取締役会の監督と監査委員会の監査とが重複することになるが、取締役会の監督は、監査委員会の監査を参考に行われ、また執行役の職務執行のみならず各委員会の構成員である取締役の職務執行をも対象に含み、その監督監査の成果は執行役ないし代表執行役の選任または解任、あるいは各委員会の構成員の選任または解任に際して活かされることになる。

(2) 各種委員会の構成員に対する取締役の監視義務

各種委員会は、①委員会の構成員は取締役であり、取締役会がその選任権と解任権を有すること（商法特例法二二条の八第五項）、②取締役会の権限行使が各委員会の権限行使と連携して行われることにより、的確な業務執行の決定や取締役・執行役に対する監督が期待されること、③各委員会において指名された者が当該委員会の職務の執行を取締役に遅滞なく報告することを要すること（同二条の九第三項）、④各委員会において指名された者が取締役会の招集権を与えられること（同条二項）などを理由に、取締役会の内部機関とされることがある。しかし、他方においては、各委員会は取締役会から独立した権限を有する面も強調されている⁽⁶⁵⁾。すなわち、①各委員会の構成員（三名以上）は執行役を兼任しえず、またその過半数は社外取締役であり（同二条の八第四項）、とくに監査委員会の構成員は当該会社または子会社の執行役・支配人等あるいは業務執行を担当する取締役との兼任が禁止されていること（同条七項）、②指名委員会の主たる権限は取締役の選任・解任に関する株主総会議案の作成権限であり（同条一項）、報酬委員会のそれは取締役・執

行役の報酬の内容を決定する権限であり（同条三項）、監査委員会のそれは取締役・執行役の職務監査と会計監査人の選任・解任および不再任に関する株主総会議案の作成権限であるが（同条二項）、これらの権限は取締役会とは何らの関係もなく独立して行使されること、③前述の通り、各委員会の運営状況ないし権限行使状況は取締役会に報告することが求められるが、運営自体は取締役会の指揮命令下に行われるわけではない。したがって、各委員会は、取締役会と連携することが求められているが、その権限はむしろ独立して行使されるべきであるから、その意味では、むしろ取締役会の外部機関である⁽⁶⁶⁾。それ故、取締役会の各委員会に対する監督は第三者的立場において行われる。個々の取締役の各委員会構成員に対する監視の成果は、取締役会におけるこれらの構成員の選任・解任に際して示されることになる。これらの構成員の解任には特別の理由を要さないが、客観的かつ明白な理由がなければ、当該会社経営の不透明性が問題となろう⁽⁶⁷⁾。

(3) 監査委員会の構成員たる取締役の監視義務

監査委員会は構成員数の過半数の社外取締役と、前述の通り、当該会社や子会社の業務の執行を担当しない取締役によって構成される（商法特例法二二条の八第四項・七項）。取締役が、監査委員会の構成員となる場合には、取締役会、指名委員会、報酬委員会および代表執行役または執行役ならびに会計監査人それぞれの構成員の職務の執行を監査することになる（同条二項）。これらの監査は、監査委員会とは別個独立の機関の構成員に対するものであるから、第三者的立場においてしなければならない。すなわち、一定の基準の下に、客観的かつ明白な根拠を示して行わなければならない。監査委員会の業務は主として業務執行の監査にあり、この特別に与えられた権限を善良なる管理者としての注意をもって適切に行使用することであるから、監査委員会の業務が適切に行われれば、その構成員たる取締役もまた監視義務を履行したことになる。監査委員会の監査結果は、取締役会に対する報告（商法特例法二二条の九第三項・二二条の一〇第四項）や監

査報告書（同二二条の二九）において示されるが、このほかに執行役の違法行為に対する差止請求権の行使（同二二条の一〇第五項）や取締役・執行役に対して提起される会社に対する損害賠償請求訴訟（同条六項二号）などにおいても示される。また、会計監査人に対する監査結果は、その解任または不再任として示される（同二二条の八第二項）。

五 取締役設置会社

取締役設置会社の取締役は、原則として業務執行権と代表権を有し、したがって業務執行の決定のみならず実行も行いうることに異論はないから、正に経営者として会社の業務執行を全面的に監督しなければならぬ。取締役が一名であるときは、部下に対する監督義務を負えばよい。取締役が二名以上の場合は、昭和二五年商法改正前商法における株式会社や平成一七年会社法制定により廃止される前の有限会社について、既に論じられているところである。⁽⁶⁸⁾ 有限会社の取締役の監視義務を、株式会社と異なり業務監督機関たる取締役会が存在せず、各取締役が独自に業務執行権を有することを理由に否定する説もあるが、⁽⁶⁹⁾ 業務執行の全権を有する取締役相互の監視義務は、双方が会社の経営に全責任を負うことから当然であり、代表権を有する取締役を定めた場合であっても、代表権を失った取締役が業務執行権を失うわけではないから、業務執行全般にわたる監視権を有し、したがって監視義務が認められると解されている。⁽⁷⁰⁾

このように、機関としての取締役がなすべき他の取締役等の業務執行に対する監視は、その業務執行行為として行われる。しかし、取締役相互の関係は上下関係ではないから、一方が他方の業務執行を一方的に変更しあるいは他方の取締役を解任する権限はない。そこで、一方が他方の違法あるいは著しく不当もしくは明白に不当な業務執行を発見したとき、どのような措置をとれば免責されるかが問題となろう。一方の取締役は全取締役の過半数の賛同をえて（有限会社法二六

条、新会社法案三四八条二項参照）、当該業務執行の中止を求め、さらには、他方の取締役に対し、会社への損害賠償であるいは辞任を求め、これに応じない場合には、解任のための株主総会を招集し、また損害賠償請求を求める訴訟を提起するなどの措置をとらなければならない。このような措置をとらずに放置し、会社に損害を与えた場合には、一方の取締役は監視義務違反による任務懈怠責任を免れえない。ただし、一方の取締役がこのような措置をとるための努力をしたが、事実上効を奏しない場合には、その措置をとろうとしたことを証明すれば、相当程度の免責をうるものと解される。しかし、その後に発生する損害について完全に免責をうるためには辞任するほかない。

なお、機関としての取締役の調査権も、取締役会の構成員たる取締役と異なり、その業務執行権の一部として認められることについては異論のないところであろう。

六 おわりに

取締役は会社に対し善良なる管理者としての注意をもって与えられた職務を履行しなければならないが、取締役の職務は主としてその地位から生ずる。総体としての取締役は取締役会の権限を行使する権限と義務が認められるから、取締役会の構成員たる取締役の地位は、取締役会の権限からその内容が明らかとなる。

取締役会の権限をどのように解すべきかについては、取締役会と代表取締役との権限関係をどのように理解すべきかを巡る議論があり、並立機関説、派生機関説そして補助機関説の三説が対立しているが、補助機関説が妥当であることを明らかにした。

補助機関説の立場では、取締役会は業務執行の全般にわたる権限を有し、代表取締役は取締役会から授權された範囲で

業務執行を担当する取締役会の補助機関である。したがって、取締役会にとつては代表取締役等が実現する業務執行は、自己の権限行使にほかならず、取締役会の構成員たる取締役にとつては委任債務の履行にほかならない。すなわち、取締役は業務執行に関しては最上位の権限機関の構成員であるから、正に経営者として、業務執行に関する監視義務を履行しなければならないのである。そのことは社外取締役といえども例外ではなく、第三者的な立場で監督するのみでは完全に免責されない。

この関係は、委員会等設置会社における取締役会と代表執行役または執行役との関係においても同様である。完全なる上下関係にある機関においては、ある程度の主観的監査監督も容認されるが、別個独立した機関に対するそれは、客観的かつ明白なる根拠にもとづく一定の基準によることを要する。

以上が、今回の研究によりえた結論である。

- (1) 大阪谷公雄「取締役の責任」株式会社法講座第三卷(一九五六)一一二頁、谷川久「東京地判昭和三年五月一三日判評」ジュリスト二〇九号(一九六〇)八五頁、味村治「取締役の責任」続実務株式会社法6講(一九六〇)二二六頁。もつとも、味村・前掲同頁は、現行法としては(昭和五六年商法改正前二五九条には現行同条二項・三項が定められていなかった)ので(筆者注)、東京地判昭和三年五月一三日の結論にならざるを得ないとしているが、その代表取締役を解任するために平取締役が取締役会を開こうとしても招集できないことにならざるをえないのは、立法の不備であるとしている。
- (2) 東京地判昭和三年五月一三日下民集八卷五号九三三頁、東京地判昭和三年一月二八日下民集九卷一〇号二三四二頁、広島地判昭和三年八月三〇日下民集一二卷八号二二一六頁、東京地判昭和五年三月二八日判例時報六〇六号八八頁など。
- (3) 米津昭子「東京地判昭和三年五月一三日判評」財政経済弘報六九四号(一九五八)九頁、倉沢康一郎「東京地判昭和三年一月二八日判評」(法学研究三四卷七号(一九六一))下級審商事判例評釈(昭和三〇年(一九七二)一二九頁、鮫

- 島眞男・判例・通達中心実用株式会社法Ⅱ改訂版(一九六七、ただし、初版は一九六二)二六七頁、山村忠平「取締役の監視義務」企業法研究一二一輯(一九六五)一頁など多数。
- (4) 菅原菊志「取締役の監視義務」(企業法研究十周年記念論文集(一九六四))取締役・監査役論「商法研究Ⅰ」(一九九二)八七頁、九五頁以下、酒巻俊雄「取締役の義務と取締役相互の關係」企業法研究一二一輯(一九六五)七頁、本間輝雄「取締役の監視義務」企業法研究一二一輯(一九六五)二〇頁、塩田親文Ⅱ吉川義春「取締役の第三者に対する責任」総合判例研究叢書・商法Ⅺ(一九六八)四八頁など。
- (5) 東京高判昭和三八年五月二八日東京高判民事時報一四卷五号一一八頁、東京地判昭和三九年七月三〇日判例時報三九四号七八頁、東京地判昭和四三年八月二日逐条判例会社法全書3四四九頁、東京地判昭和四五年三月二八日判例時報六〇六号八二頁など。
- (6) 最判昭和四八年五月二二日民集二七卷五号六五五頁、最判昭和五五年三月一八日判例時報九七一号一〇一頁。
- (7) 学説判例の推移については、田尾桃二・最高裁判所判例解説民事篇昭和四八年度(一九七七)一頁、酒巻俊雄「最判昭和四八年五月二二日解説」商法の判例第三版(一九七七)九八頁以下、中川和彦「取締役の監視義務と取締役会の監督権限」商法の争点第二版(一九八三)一一〇頁以下、石山卓磨「代表取締役の業務執行についての取締役の監視義務」商法の判例と論理(一九九四)二三五頁以下など参照。
- (8) 酒巻俊雄「業務執行機関の権限」現代企業法講座3企業運営(一九八五)二七五頁は「業務執行機関体制のような会社機構上最も基本的な事項について、このような理解の対立があることさえ本来は問題とされてよいことであろう。」として、これまでに十分な論議が行われてこなかったことを示唆している。
- (9) 堀口亘「取締役会の権限」新版注釈会社法(六)株式会社(一九八七)一〇三頁以下、山口幸五郎「代表取締役」新版注釈会社法(六)株式会社の機関(二)一九八七)一三七頁以下、酒巻・前掲講座3三七頁など参照。
- (10) 堀口・前掲新版注釈会社法(六)一〇八頁、河本一郎「現代会社法新訂第九版(二〇〇四)四三七頁、江頭憲治郎・株式会社・有限会社法【第三版】(二〇〇四)三〇二頁注2、小橋一郎・会社法(一九九二)一八二頁。
- (11) 座談会・稲葉威雄Ⅱ江頭憲治郎Ⅱ森本滋ほか条解・会社法の研究7取締役(2)別冊商事法務二〇〇号(一九九七)一頁以下、と

くに一四頁参照。

- (12) 前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説」〔Ⅲ〕商事法務一六二三号(二〇〇二)一四頁、森本滋「委員会等設置会社制度の理念と機能」〔上〕商事法務一六六六号(二〇〇三)五頁以下。
- (13) 「会社法案」ならびに「会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案」は、二〇〇五年三月二日に国会に提出され、五月一七日に衆議院本会議において可決され、参議院に送付されている。なお、この点については商事法務一七三二号五五頁参照。本稿執筆時点においては、新会社法はまだ成立していない。(付記：会社法は同年六月二十九日に成立した。)
- (14) 堀口・前掲新版注釈会社法⑥一〇三頁は、この説の主張者である津田利治教授をあたかも派生機関説の支持者であるが如く取り扱っている。また、酒巻・前掲講座3二七五頁の注46も、この説の支持者である高鳥正夫教授を同様に取り扱っている。ただし、荒谷裕子「取締役会と代表取締役の権限の關係」論点会社法(一九八九)二二三頁は、この説を代表機関説と称して紹介している。
- (15) 鈴木竹雄・新版会社法全訂第五版(一九九四)一九一頁以下、鈴木竹雄・石井照久・改正株式會社法解説(一九五〇)一五四頁以下。なお、この説を支持するものに、竹内昭夫(弥永真生補訂)株式会社法講義(二〇〇一)五二六頁以下、北沢正啓・現代法律学全集18会社法「第6版」(一九九八)三五六頁以下、前田庸・会社法入門「第一〇版」(二〇〇五)三〇六頁以下、江頭・前掲株式会社・有限会社法「第三版」三〇〇頁以下(もっとも、三〇二頁注2は、「いずれの見解をとるかにより結論が左右される問題があるとも思われない」としている)、神田秀樹・会社法第六版(二〇〇五)一二二頁以下、加美和照・新訂会社法第八版補訂版(二〇〇五)二三三頁以下、堀口・前掲新版注釈会社法⑥一〇四頁以下、石山卓磨・現代会社法講義(二〇〇三)二二八頁以下、服部栄三・会社法通論第二版(一九八二)一一一頁以下などがある。
- (16) 鈴木・前掲新版会社法全訂第五版一九一頁以下。
- (17) 同一九二頁注1。ただし、同新版会社法全訂第一版(一九七四)では一四三頁注1。
- (18) 同一八七頁。ただし、同第一版にはこの記述はない。
- (19) 同一八九頁。ただし、同第一版では一四一頁。
- (20) 大隈健一郎「代表取締役の地位」商事法研究(下)(一九九三)一一頁以下、大隈健一郎・大森忠夫・逐條改正會社法解説(一九九三)株式会社の業務執行機関の権限構造と取締役の監視義務(安井)

五二) 二六五頁以下。ただし、「代表取締役の地位」は法学新報五八卷四号(一九四八)に掲載されたが、そのときの論文名は「改正商法における代表取締役の地位」である。なお、この説を支持するものに、星川長七「取締役会と代表取締役との権限関係」法学演習講座⑥会社法(一九七三)二八三頁以下、山口幸五郎・会社取締役制度の史的展望(一九九四)二六〇頁(ただしこの部分は、民商法雑誌八六卷二号へ一九八二)掲載)、大隈健一郎||今井宏・新版会社法論中巻I(一九八三)一三〇頁以下などがある。また、上村達男「取締役会と代表取締役との関係」争点ノート商法I「総則会社法」改訂第三版(一九九八)一七〇頁以下もこの説に好意的である。

(21) 大隈・前掲商事法研究(下)一七頁。

(22) 同一六頁。

(23) 同一二頁。

(24) 同一〇頁以下。

(25) 同一三頁以下。

(26) 津田利治「取締役会の権限を繞る二三の問題」法学研究二六卷三号(一九五三)一頁以下、津田利治・会社法の大意(上)六版(一九六五、初版は一九五八)二六一頁以下。なお、この説を支持するものに、高島正夫「取締役会の権限とその委譲」法学研究五三卷六号へ一九八〇)会社法の諸問題「増補版」(一九八二)三四〇頁以下、倉沢康一郎・会社判例の基礎(一九八八)一二七頁、一三七頁以下、大賀祥充・現代会社法「新全訂再版」(一九九八)一一七頁、宮島司・会社法概説「第三版補正二版」(二〇〇四)二四八頁以下、並木和夫「取締役会の監督権限」改正会社法の基本問題(一九八二)一七二頁以下、山本為三郎・会社法の考え方へ第4版(二〇〇三)一六三頁以下、来住野究「株式会社機関権限の序論的考察」慶応義塾大学大学院法学研究科論文集三五号(一九九四)一一頁などがある。

(27) 津田・前掲法学研究二六卷三号八頁以下。

(28) 同一二頁。

(29) 同一六頁以下。

(30) 同一〇頁。

- (31) たとえば、二六〇条三項について、前田・前掲会社法入門第10版三〇七頁、江頭・前掲株式会社・有限会社法〔第三版〕三三八頁（なお、同頁(3)権限も参照）。商法特例法二一条の二二については、前田・同三〇九頁、江頭・同四三九頁。
- (32) 江頭・同三三〇頁注3。
- (33) 鈴木・前掲新版会社法全訂第五版一九一頁。
- (34) 大隈・前掲商事法研究(下)一二頁、津田・前掲法学研究二六卷三号五頁以下。なお、ドイツ株式法七七条参照。
- (35) 津田・同一二頁は、取締役会の議事録の作成などを例として挙げている。
- (36) 注(19)参照。
- (37) 森田章「取締役会の機能の分離」民商法雑誌二二六巻四・五号(二〇〇二)四九七頁以下は、派生機関説の立場から、「私見では、『取締役の職務を監督する』という文言の解釈として、通説では取締役の解任をするしかないことになるので、少数説が妥当性を有していると思われる。」と述べている。
- (38) 鈴木・前掲新版会社法全訂第五版一八九頁、江頭・前掲株式会社・有限会社法〔第三版〕二五一頁注3。
- (39) 経営委任契約については、江頭・同七四九頁参照。
- (40) 同三二〇頁、七四九頁。
- (41) 鈴木・前掲新版会社法全訂第一版一三九頁。
- (42) 鈴木・前掲新版会社法全訂第五版一八六頁。
- (43) 大隈・前掲商事法研究(下)一七頁以下。なお、同一八頁は、業務執行と代表行為はそれぞれ範囲が異なること、当然には代表取締役を業務執行取締役とは解せないことを認識している。
- (44) 同一〇頁以下。
- (45) 森本・前掲〔上〕商事法務一六六六号四頁以下、神作裕之「委員会等設置会社における業務執行に対するコントロール」学習院大学法学部・法学会雑誌三八巻一号(二〇〇二)五九頁以下。
- (46) 大隈・前掲商事法研究(下)二三頁以下。
- (47) 鈴木・前掲新版会社法全訂第五版一八一頁、大隈Ⅱ今井・前掲新版会社法論中巻一三〇頁、津田・前掲会社法の大意(上)

株式会社業務執行機関の権限構造と取締役の監視義務(安井)

六版二五七頁、倉沢康一郎「取締役の監視義務について」(企業法研究二二二輯(一九六五)) 会社法の論理(一九七九) 一八一頁など。

(48) 川井健「IV代理の諸態様7—14復代理」五十嵐・泉・鍛冶・甲斐・稲本・川井・高木著民法講義1総則(一九七六) 一三三頁。

(49) 高島・前掲会社法の諸問題「増補版」三五〇頁。

(50) 日本語大辞典(一九八九)、「監督」については四三二頁、「取り締まる」については一四二〇頁、広辞苑第五版(一九九九)、「監督」については六一二頁、「取り締まる」については一九四九頁参照。

(51) 菅原・前掲取締役・監査役論「商法研究I」六九頁。

(52) 前掲民集二七卷五号六五五頁。

(53) 田尾・前掲最高裁判所判例解説民事篇昭和四八年度一頁以下、喜多了祐「最判昭和四八年五月二二日判評」判例評論一七八号(一九七三)三〇頁以下、加美和照「最判昭和四八年五月二二日判評」週刊金融・商事判例三九三号(一九七三)三頁以下、志

村治美「最判昭和四八年五月二二日判評」商事法務八四三号(一九七九)二四頁、酒卷・前掲商法の判例第三版九九頁以下、島袋鉄男「最判昭和四八年五月二二日解説」会社判例百選(第四版)(一九八九)一一三頁など。

(54) 塩田・吉川・前掲総合判例研究叢書・商法(II)四五頁、六五頁、喜多・前掲判例評論一七八号一四六頁、酒卷俊雄「最判昭和四五年七月一六日判評」法律のひろば二四卷三号(一九七二)四五頁以下、加美・前掲週刊金融・商事判例三九三号四頁以下など、米津・前掲財政経済弘報六九四号九頁や倉沢・前掲下級審商事判例評釈(昭和三〇年—三九年)一一九頁以下などについて、取締役の監視義務の根拠を取締役の善管注意義務に求めるが、善管注意義務はその職務執行上尽くすべき誠意や注意の程度を示す基準であつて、監視義務のような一定義務の存在を基礎づけるものではないから、本末転倒の議論であると評している。しかし、補助機関説から言えば、取締役会の監督とは業務執行権の行使にはかならず、したがって、個々の取締役は善良なる管理者の注意をもつて、最良の業務執行の実現のために努力する義務を負つており、その一環として個々の取締役は監視義務を負うことにはならない。個々の取締役の地位は取締役が総体として業務執行権を有することから導かれるのであるから、個々の取締役が取締役会の権限行使に関し監視義務を負うことは当然のことなのである。

- (55) 宮島・前掲会社法概説「第三版補正二版」二五三頁は、これを他律的監督とは異なる自律的監督であるとしている。
- (56) 竹内昭夫「最判昭和五年三月一八日解説」月刊法学教室二一〇(一九八〇)七六頁は、「取締役としては、自己の意見を聞き入れさせるべく最善を尽くし、それでも無視されたときは、場合によりその地位を去るべきではないか。」とする。同旨、神崎克郎「最判昭和五年三月一八日判評」判例評論二六四号(一九八一)一八三頁。なお、江頭・前掲株式会社・有限会社法「第三版」三七〇頁、山田純子「取締役の監視義務」企業の健全性確保と取締役の責任(一九九七)一三〇頁参照。
- (57) 監査役の警告にもかかわらず違法行為が行われようとする場合には、監査役は、可能であれば、差止請求権(商法二七五条の二第一項)を行使するべきであることは言うまでもない。
- (58) 前掲条解会社法の研究7取締役(2)四一頁江頭発言、同頁以下森本発言。ただし、森本滋「会社の業務および財産状況の検査」新版注釈会社法(9)株式会社法の計算(2)二二八頁は、この調査権を認める。また、江頭・前掲株式会社・有限会社法「第三版」三三一頁は、①閉鎖会社を念頭に置くと、取締役は大株主またはその派遣者であることが多いので、強い監督権限を認めることが望ましいこと、②商法特例法上の小会社の監査役には業務監査権がないことを理由として、閉鎖会社においてはこれを認める。確かに、これを認めることが望ましいことは理解しうるから、立法論としては賛成であるが、解釈論としては根拠不十分と言わざるをえない。さらに、岡田昌浩「委員会等設置会社における監査・監督制度(二)・完」法学論叢一五三卷五号(二〇〇三)八七頁は、監査役設置会社の個々の取締役にこの権限を認める(なお、九六頁参照)。
- (59) 上村達男「大会社における運営機構の選択」判例タイムズ一〇九三号(二〇〇二)八四頁、同「取締役・執行役概念の再構築」商事法務一七一〇号(二〇〇四)一三頁。森田・前掲民商法雑誌一二六卷四・五号五〇〇頁・五〇五頁など。また、森本・前掲[中]商事法務一六六七号(二〇〇三)一九頁は、「委員会等設置会社の取締役会は、経営の監督機関として機能することになろう。」とする。
- (60) 江頭・前掲株式会社・有限会社法「第三版」四三九頁は、「委員会等設置会社においては、執行役が、いわゆる経営者である。」とする。執行役が経営受託者であることはその通りであり、その意味で経営者でないとは言わないが、そのことにより取締役が経営の最高責任者すなわち経営者でなくなるわけではない。
- (61) 宮島・前掲会社法概説「第三版補正二版」三三四頁。

(62) 自己監査あるいは自己監督が否定的な意味で用いられることがあるが、それは単に客観性を担保していないという意味においてであり、取締役会の自己監査は例えば監査役の監査とは内容において重複する部分もある反面、効率性や妥当性に関する監査など異なる部分もあり、これを行うことはきわめて必要かつ重要である。また、理論的には客観性の担保に欠けるにせよ、実際上は可能な限りの客観性が求められることは第三者監査ないしは他者監査におけると同様である。なお、浜田道代「取締役会制度の改革」(委員会等設置会社)金融・商事判例一六〇号(二〇〇三)一五一頁は、監査役よりも監査委員の方が取締役として取締役会決議に参加しうる点において権限は大きいのが、取締役会決議自体が違法な場合や違法行為が取締役会決議にもとづき行われた場合の監査は自己監査に当り、構造的に弱くならざるをえないとする。これに対し、江頭・前掲株式会社・有限会社法【第三版】四三二頁注1は、監査委員の自己監査部分は僅かな部分にすぎないとし、また横滑り監査役の場合もあつち出して反論している。

(63) 前田・前掲【】商事法務一六二三号一八頁。

(64) 前田・同一八頁、森本・前掲【中】商事法務一六六七号二二頁。

(65) 前田・同一八頁。

(66) 神作・前掲法学会雑誌七〇頁は、各種委員会は取締役会の諮問委員会ではなく、専決事項を有する会社の独立機関であるとしている。また、西尾幸夫「各種委員会の機能と問題点」判例タイムズ一〇九三号(二〇〇二)一〇六頁は、「内部機関」との位置づけをもって足りるのかどうか微妙である。」としている。

(67) 森本・前掲【中】商事法務一六六七号二二頁は、「任期一年である委員会構成を期中において変更するには、それなりの理由が必要となり、取締役会の審議経過は取締役会議事録において明らかとなる。その変更は登記しなければならない。株主総会においてこれらの事項について質問があれば、合理的範囲において説明する義務がある。」と述べている。

(68) 山本為三郎「有限会社の取締役の監視義務について」法学研究六〇巻二二号(一九八七)一二二頁以下。

(69) 塩田川吉川・前掲総合判例叢書・商法【I】四三九頁、青竹正一「名目的取締役の第三者に対する責任」(法と権利2・民商法雑誌七八巻臨時増刊号(2)へ一九七八)小規模閉鎖会社の法規整(一九七九)四二九頁注12。ただし、青竹正一「東京高判昭和五七年三月三十一日判評」ジュリスト八六五号(一九八六)一一五頁は、「有限会社では、代表権を持たない取締役であつても、会

社の業務執行の全般にわたる権限を有し、…略…、代表取締役ならびに使用人の業務執行行為を監視・監督する義務を負うこと
に変わりなく、また、定款でとくに取締役会を設けていない場合には、各取締役が業務執行機関を構成して、他の取締役ならび
に使用人を監視・監督する義務を負う；以下略」と述べている。

(70) 山本・前掲法学研究六〇巻一二号一二五頁、江頭・前掲株式会社・有限会社法〔第三版〕三三四頁。